IESVS,
MARIA, IOSEPH.

Breve Apuntamiento

P O R

FRANCISCO NVÑEZ DE LA Breña, Eſcrivano de Ayuntamiento, Repartimientos, y Milicias del Lugar de Loſſar.

EN EL PLEITO

C O N

FRANCISCO LOPEZ DE LA BREÑA, Eſcrivano aſsimiſmo del Ayuntamiento de la dicha Villa.

S O B R E

La propriedad de dichos oficios, y validacion de los titulos expedidos por ſu Mageſtad à favor del dicho Franciſco Nuñez de la Breña.

1 PRETENDE Francisco Nuñez de la Breña, que se declare tocarle, y pertenecerle los oficios de Escrivano de Ayuntamiento, Repartimientos, y Milicias de dicho Lugar, declarando por validos, y legitimos los titulos, en que su Magestad le hizo merced dellos, para lo qual se dividirâ este apuntamiento en dos discursos. *En el primero*, se provarâ, que su Magestad pudo vender â Francisco Nuñez de la Breña los oficios de Escrivano de Repartimientos, y Milicias, y criar de nuevo otro oficio de Escrivano de Ayuntamiento de dicho Lugar, sin que en ello reciba perjuicio Francisco Lopez, ni le recibiessen sus Autores. *En el segundo*, que la executoria de retencion no perjudica, ni obra excepcion de cosa juzgada, para el juicio de la propriedad, y validacion de los titulos, que aora se disputa.

Discurso Primero.

2 ES constante en el hecho, que por el año passado de 44. Francisco Nuñez de la Breña, por si acudiô al Supremo Consejo de la Camara (y haziendo relacion de como en dicho Lugar avia vna Escrivania de Ayuntamiento, que era propia de Pedro Montero, y que â ella se avia agregado vn oficio de Escrivano del Numero, por contracto que hizieron el susodicho Iuan Lopez de Haro, Pedro de Salaçar Benavides, con Iuan Martin Crespo, el qual por 400. ducados de censo reservativo consumiô el oficio del Numero, que êl tenia. Y que por renunciacion

que

que hizo Melchor Gonçalez, en quien avia recaî-do la Escrivania de Ayuntamiento â favor de Iuan Martin Crespo, el qual vendiô dicho oficio â Iuan Castaño Matheos el moço, en precio de 8џ. reales) suplicô â su Magestad se sirviesse de hazerle merced de otra Escrivania de Ayunta-miento, ofreciendo servir con cierta cantidad por dicha gracia, como con efecto sirviô, y su Mages-tad tuvo por bien de concederle el dicho oficio.

3 Despues por el año passado de 45. tenien-do noticia el dicho Francisco Nuñez de la Breña; de que sin titulo alguno andavan vnidos con el oficio de Escrivano de Ayuntamiento (por no aver otro en dicho Lugar) las Escrivanias de Re-partimientos, y Milicias, presentô segundo me-morial en el dicho Consejo de la Camara suplica-do â su Magestad, que respecto de que dichos oficios tocavan â la Escivania de Ayuntamiẽto, y de que no estavan vendidos fuesse servido de hazerle merced de ellos, sirviendo con cierta cantidad (como con efecto sirviô) y su Magestad tuvo por bien de conceder la dicha gracia, y en su virtud se le despacharon titulos en forma, que aviendolos presentado ante la Iusticia de dicho Lugar, se le diô la possessión por Pedro Serrano del Castillo, Escrivano del Ayuntamiento del di-cho Lugar, y â vista, con sciencia, y paciencia dêl y sin contradiccion, ni reclamacion alguna, estu-vo en ella quieta, y pacificamente mas de 27. años, hasta que por el año passado de 70. por Frã-ncisco Lopez se intentô el juizio de retencion.

4 Y no pudiendose dudar que su Magestad puede criar Magistrados, constituir oficios pu-blicos en sus Reinos, aumentar los criados, y am-pliar sus exercicios, como con infinitos resuelve

Mas-

Maſtrill.*de Magiſtr.lib.*1.*cap*.4.*per tot*.â quien refiere D.Larrea *allegat*.119. *num*.1.y la razon es, porque la creacion de oficios es el fruto de la ſuprema juriſdiccion, que reſide en ſu Mageſtad, Bald.*tit.de pac.iuram.confirm.§.Ad hoc,num*.4.*&* *in leg*.1.*§.initio,ff.de offic.Præfect.Vrb*.Franch.*de*. 166.*num*.3. Cancer.*lib*.3.*variar.cap*.9.*num*.14. Camill.Borell.*de præſt.Reg.Cathol.cap*.21.19.*&* 20.Bovadill.*lib*.1.*politic.cap*.16.*num*.42.

5 Para lo qual ſu Mageſtad funda de derecho ſu intencion de ſuerte, que el que quiſiere impugnar la creacion de oficios deve moſtrar titulo, ô contracto tal que ſu Mageſtad eſtê impedido de criarlos, ô aumentarlos, Felin.*in cap.Cum olim,de maiorit.& obed.num*.2.Menoch.*lib*.3.*præſumpt*. 97.*n*.30. D.Molin.*lib*.1.*de Hiſpan.primog.cap*.25. *num*.1.*&* 2.

6 Lo qual no ſolo procede en la creacion de oficios gracioſa, ſi no es en la que las calamidades de los tiempos han introducido, *pretio interveniente*, y eſta es licita, *argum.leg*.1.*de conſtitut. Princip*.Bart.Bald.& communitêr DD.*in leg.Barbarius,ff.de offic.Prætoris*,Cyn.*in leg*.1.*Cod.ad leg. Iuliam,de amb*.Archid.*in cap.Nõ debet* 23.*diſtinct*. y refiriendo otros Maſtrill.*de Magiſtr.lib*.1.*cap*. 20.*n*.1.2.3.*&* 4.D.Menchac.*controverſ.Illuſtr. cap*.43.*num*.1.Caved.1.*part.deciſ*.24.*num*.3.

7 Y la razon que conſideran eſtos Doctores, para que ſu Mageſtad pueda vender eſtos oficios es, porque como el dominio dellos ſea vna de las regalias del Principe, ſi no ſe pudieran vender, ô eſtuvieſſe ſu Mageſtad obligado â concederlos gracioſamente ſe tuvieran por infructuoſos, y en en el tiempo de la neceſsidad no pudiera echar mano (como lo haze) de beneficiarlos, vt ex Bald.

D.Thom. & ex communi Theologorum senten-
tia tenet Mastrill. *de Magistr. d.c.20.à n.7.* quem refert D.Larrea *dict.alleg.119.num.3.*

8 Y en terminos de que los oficios publicos de Escrivano sea vna de las regalias de su Mageſtad, y que en su provision, y creacion funde de derecho, defendunt Paris. de Put. *de syndicatu 1.n.9. & 13.* Neuio *in cap.1. quæ sint regalia, num.316.* Rosent. *de feudis, cap.5. concl.15.* Add.1. Auend. *in cap. prœt. 1. part. cap.1. num.11.* post Felin. & scribẽtes *in cap. Cum P. Tabellio, de fide instrum. leg.3.* vbi Gregor. Lop. *tit.19. part.3.* Paz *in praxi annotat.6. de Tabellione,* D.Covarruv. *practic. cap.19. num.9.* Caved. *part.2. decis.33. num.1.* Aceved. *in leg.2. tit.2. lib.7. Recopil. & in leg.1. tit.25. lib.4. num.2.* Mastrill. *de Magistr. lib.1. cap.24. num.37.*

9 Sin que obste â esto el dezir, que su Mageſtad no pudo en perjuicio de la Escrivania de Ayũtamiento antigua criar, y aumentar otra, *ex leg.1 §. Si quis à Principe, ff. ne quis in loco publico, leg. Itẽ si verberatum, §.2. ff. de rei vindicat. l. Lutius, ff. de evict.* Capic. Galeot. *respons. Fiscal. 27. per tot.* Mastrill. *lib.3. cap.4. ex num.30.* Ponte *de offic. Proregis, tit. de divers. Provinc. num.20.* Francisc. Viu. *decis. 331. ex num.3.* Castillo *de tertijs, cap.42. num.126.*

10 Porque se responde lo primero, que esto procede quando el Principe en las ventas de los oficios se obligô â no vender otros, ô criarlos de nuevo, ô quando por la venta del nuevo oficio, los antiguos tienen menos emolumentos, ô se les impide su exercicio, vt eleganter tenet D.Larrea *dict. alleg.119. num.5.* pero no quando en la venta del primero oficio no està capitulado, que no se puedan aumentar otros, ô quando el perjuicio que se le sigue *non est principaliter, sed causativè,*

Fe-

Felin. *in cap. Quæ in Ecclesiarum, vers. Secunda declaratio, de constit. cap. Si is cui, de prabend. lib. 6.* Antonin. Maur. *alleg.* 18. *per tot.* Iacob. Gall. *cons.* 58. Los quales afirman q̃ el Principe en perjuicio de los Escrivanos actuales puede criar otros oficios, por averse aumentado el numero de vezinos, ô aver muchedumbre de pleitos, y vno, y otro sucede en este caso.

11 Lo segundo, y con que se desvanece el supuesto perjuicio es, con que aviendo presentado Francisco Nuñez de la Breña los titulos de dichos oficios, ante la Iusticia de dicho Lugar, quiẽ le diô la possession dellos fue Pedro Serrano del Castillo, Escrivano del Ayuntamiento de dicho Lugar, y en cuyo perjuicio quando le huviera se avia hecho esta gracia, sin aver (como dicho es) reclamado, en 27. años que ha estado posseyendo quieta, y pacificamente, â vista, sciencia, y paciencia del susodicho, y de los Autores de Frãcisco Lopez; cuyo silencio es argumento claro de la poca esperança que tenian de conseguir lo que aora se pretende, caso de llegar â proponer en justicia los debiles fundamentos, que le assisten, *neq; enim debebant tã magnam rẽ tandiù reticere, vt alias dixit, l. Si quit fortè, ff. de pœn.* Honded. *cons.* 19. *n.* 21. *vol.* 1. Capic. Galeot. *controv.* 14. *n.* 6. *&* 7. omnes Canonistæ *in cap.* 1. *de frig. & malef.* Ploto *in l. Si quando, C. vnde vi, n.* 389. Surd. *cons.* 173. *n.* 20. Farinac. *de falsis, q.* 153. *n.* 182. Cyriac. *tom.* 1. *controv.* 62. *n.* 28. Vela *dissert.* 38. *à n.* 80. quibus arrident verba Ciceronis *in oratione pro P. Quintio*, ibi: *Satis est argumẽti nihil esse debitũ Nevio, quod tandiu nihil petivit*, & verba Apulei *lib.* 3. *Florido*, ibi: *Profectò vt gladius vsu splendescit, situ rubiginat: ita vox in vagina silentij condita diutino tempore e vetatur.*

12 Y estas doctrinas se hallan canoniçadas con vna determinacion del Consejo, en que aviē dose pretendido por Francisco Martin, Escrivano del dicho Lugar, que le tocavan los oficios de Repartimientos, y Milicias, se le impuso perpetuo silencio, como consta del titulo despachado â Francisco Nuñez de la Breña, y presentado en los autos; con que en el caso presente dize esta parte con la *ley Filius*, 14. *ff. ad leg. Cornel. de fals. sic enim invenimus Senatus censuisse*, D. Larrea *dict. allegat.* 34. *num.* 10. & 71. D. Valenz. *cons.* 134.

13 Lo tercero, y lo q̄ mas es, que no se puede dudar que en las Cortes, que se celebraron por el año passado de reconociendose lo exausto que se hallava el Real patrimonio, la calamidad de los tiempos, la falta de medios, y los riesgos, q̄ amenaçavan â esta Corona los enemigos de su Grandeza, entre otros advitrios que el Reino concedio â su Magestad para el mayor alivio de sus vassallos, vno fue el que pudiesse criar diferentes oficios, y beneficiarlos, en cuya virtud su Magestad lo hizo sin que las partes perjudicadas en las nuevas creaciones, se quexassen, y los que lo hizieron fueron vencidos por preponderar â la vtilidad particular el bien publico, y comun que se considerô en la concesion del Reino, y capitulo de millones referido, q̄ teniendose este por ley general no se puede dudar, que pesa mas la vtilidad publica, que el perjuicio particular, quando le huviera, *cap. Nostra, de iniur.* Alciat. *cons.* 165. *num.* 5. *lib.* 6. Dom. Valenz. *cons.* 99. *num.* 34. *leg. Si quis per Divinam, C. de aquaductu, leg. vnic.* §. *final. C. de caduc. tollend. leg.* 9. *tit.* 2. *p.* 2. D. Menchac. *illustr. cap.* 126. *num.* 17. Pinel. *in rubric. Cod. de rescind. vendit. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 8. Trentacinq. *resolut.*

*lut.1.de pact.num.*11. D. Covarruv. *lib.3. variar. cap.6.num.*8. D. Molin. *de Hispanor. primogen. lib.3 cap.3, num.*20. Girond. *de privileg. quæst.*11. *n.93. 96. & 97.* D. Larrea *allegat.3. & 4.* latê, & doctê, vt moris habet D. D. Franciscus Ruiz de Vergara, *in eximia allegat. iuris contrà priuilegiatos; per totam, eximia punct.4. vbi abundè.*

14 Menos obsta lo que se quiere dar â entender, de que los oficios de Repartimientos, y Milicias, estando anexos al de Ayuntamiento antiguo en su perjuicio no se pudieron beneficiar, ni separar, porque se excluye atendiendo.

15 Lo primero, que en semejantes oficios, cuya concesion pende de la voluntad de su Magestad, importa poco la possession de ellos, no monstrandose titulo valido, y legitimo en que se funde, *cap. Ordinarij, de officio Ordinarij, lib.6. cap. Grave, de prabend.* Concil. Trident. *sess.7. de reformat. cap.5.* Marant. *de ordine iudiciorum, 4. p. distinct.13. num.4.* Menoch. *de recuperand. possess. remed.1. num.*458. y es constante, que Francisco Lopez no ha mostrado, ni justificado por medio alguno, que su Magestad vendiesse â sus Autores los oficios de Repartimientos, y Milicias, lo qual era preciso, vt tenet Gonçalez *regul.8. Cancellariæ, gloss.5. num.6.* Capic. Larr. *decis.77. num.*12. Salernit. *decis.56. à num.9.* D. Larrea *allegat.50. n. 87. & 88.* y en el concepto legal lo mismo es no hallarse titulo, que no averle, *leg.77. ff. de contrahend. empt. l. Cum res, §. Itaque, ff. de legat.*1. Surd. *decis.149. num.2. & decis.106. n.13. & cons.245. num.13. & cons.377. num.23.* Rota *decis.165. n. 35. apud* Farinac. *part.1. recent.* Mangil. *de imput. q. 82. num.8.* Salg. de reg. prot. tit. cap. 2 nº 119.

16 Ni le puede servir de titulo la escritura

C de

de transaccion hecha por Iuan Martin Crespo â favor de Iuan Castaño Matheos, Autor de la otra parte, en que parece que los oficios de Repartimientos, y Milicias tocavan al de Ayuntamiento, porque esta possession, aunque huviesse sido por mucho tiempo, no mostrandose titulo de su Magestad, nunca podia perjudicar su Real derecho, para vender, y beneficiar dichos oficios, Lucas de Pen. *in leg. Quicumque, Cod. de fund. limit. lib.* 11. Curt. Iun. *cons.* 90. *num.* 2. Valasc. *de iure emphyteut. lib.* 1. *quæst.* 8. *num.* 32. Gracian. *tom.* 2. *discept.* 397. *ex num.* 31. Aviles *cap.* 1. *præt. num.* 18. Gregor. Lop. *leg.* 9. *tit.* 4. *part.* 5. *gloss.* 9. *verb. Otorgadas.* Lo qual es en tanto grado cierto, que no solo se les puede compeler â que exhiban el titulo de su possession, Boerio *decis.* 8, Cavedo *decis.* 15. *num.* 2. & 3. & *decis.* 14. *num.* 9. & *decis.* 18. *num.* 8. *part.* 2. Aceved. *in leg.* 1. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recopil. n.* 1, & 2. Matienç. *in dict. leg.* 1. *gloss.* 11. *num.* 3. sino es que puede su Magestad privarlos del oficio, ô de de la jurisdiccion, hasta que presenten el titulo; ut tenet Hermosill. *in dict. leg.* 9. *tit.* 4. *part.* 5. *gloss.* 9. *num.* 62. porque esta possession no puede perjudicar al Principe, quando el titulo sobre que se funda es nulo, ô injusto, D. Covarruv. *in reg. possessor.* 2. *part.* §. 10. *num.* 10. *verb. Sextò*, Gomez *in regul. Cancellar. de triennal. quæst.* 58.

17 Con que concurre, que la possession, que los Autores de Francisco Lopez tuvieron sin titulo de su Magestad fue precaria, y no se puede dudar, que su Magestad pudo con su Real arbitrio revocarla, *leg.* 1. *cum vulgatis, de precario*, D. Larrea *allegat.* 50. *à num.* 32. y siendo por tolerancia està en su Real mano con la venta quitar el uso de los oficios, *facit ordinamentum Portugalliæ, lib.* 1.

tit.

tit.77. in principio, y en este caso es sin duda que pudo su Magestad perjudicar â los Autores de la otra parte, Paul. de Castro *in l. Rescripta, Cod. de precib. Imperat. offerend.* Rodrig. Suar. *allegat.* 12. y refiriendo muchas decisiones Cavedo *decis.* 33. *num.* 4. y aunque en el *num.* 6. afirma, que sino con gran causa su Magestad no puede vsar de esto derecho, es cierto que en el caso presente intervino la vtilidad publica, la qual prefiere â la particular, *leg. Munerum*, §. *Cum*, *ff. de muneribus*, & *honoribus*, Mexia *in pragmat. tax. pan. concl.* 4. *n.* 14 D. Menchac. *illustr. cap.* 5. *num.* 16. Girond. *de privileg. num.* 902.

18 Menos fundamento tiene la clausula de eviccion, que en contrario se pondera. Lo primero, porque aunque es verdad, que Francisco Nuñez de la Breña estuvo casado con Ines Crespo, hija, y heredera con beneficio de inventario de Iuan Martin Crespo, que fue quien la pactô por aver muerto la susodicha, dexando hijos, y herederos, que son los que estuvieran obligados â la eviccion, no se le puede hazer cargo â esta parte, de que en perjuicio de la contraria comprô, como otro qualquiera las dichas Escrivanias, y para que se conozca, la clausula es como se sigue.

Clausula de eviccion.

19 *Y Me obligo, que serà cierta, sana, y segura la dicha Escrivania de qualesquiera personas, ò persona, que se la pidieren, ò demandaren, y tomaremos por èl, y sus herederos, y successores la voz de el pleito, è defension, y lo seguiremos yo, y mis herederos, y successores à nuestra costa, hasta que quede con la dicha Escrivania, y sea suya, como de antes, sin costa,*

ta, ni daño alguno, so pena q̃ assi si no lo hizieremos seamos obligados de le dar otra tal Escrivania, y tan buena, con que aya sacado titulo de su Magestad de ella, y no de otra forma, y le ha de sacar en todo el mes de Março deste año con las costas, daños, y interesses, y menoscabos, que se le siguieren, y recrecieren.

20 De que resulta, que Francisco Nuñez de la Breña nunca se puede considerar obligado à la eviccion, aun en caso que huviesse salido incierta la Escrivania, por no aver sido heredero, ni de su suegro, que cõtratô, ni de su muger, que fue su heredera, Bald. *in leg. Qui se patris, num.* 32. *C. unde liberi*, Roland. *cons.* 97. *num.* 47. *lib.* 1. Paris. *cons.* 16. *lib.* 1. *num.* 42. alijs relatis Guzman *de evict. q.* 16. *num.* 26.

21 Pero es constante, que el oficio no le ha salido incierto, ni quando le compitiera accion de eviccion, no solo no la puede intentar cõtra Francisco Nuñez, que no fue heredero del que la pactô, y cõprô por si, como pudiera otro estraño adnotat per DD. *in leg. Tutorem*, 22. *ff. de his quæ ut indign. ibi discreta sunt enim iura, quamvis plura in eamdem personam devenerint aliud tutoris, aliud legatarij, & cum non sua persona iure, sed pupilli accusaverit propriã pœnã mereri non debet*, D. Salgad. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 8. *à num.* 267. *& de retent. Bull.* 2. *part. cap.* 15. *à num.* 28. Cyriac. *controvers. lib.* 1. *controvers.* 198. *num.* 28. pero ni aun cõtra los herederos de Iuan Martin Crespo, que fue quien contraxo.

22 Lo qual se convence de la condicion puesta en la dicha escriptura, que es como se sigue: *Otrosi con condicion que por ningun caso fortuito, que suceda al dicho oficio, pensado, ò por pensar, no por esso se aya de poner desquento à la paga de los di-*

chos

chos 400. reales en cada vn año, que à mi se me han de pagar, y à los mios, ò à la persona, que por mi, ò ellos lo huviere de aver, antes se han de pagar à los plaços, y pagas como dicho es sin pleito alguno.

24 De que se infiere, que aviendo su Magestad aumentado dicho oficio, y segregado los Repartimientos, y Milicias, que estavan anexos al que possee la otra parte, por tolerancia de su Magestad, no puede intentar la eviccion, *ex leg. Lutius, ff. de evict.* Pereira *de empt. & vendit. cap. 31. n.* 101. Gregor. Lop. *in leg. 37. tit. 5. part. 5.* Anton. Gom. *tom. 2. variar. cap. 2. num. 40. in fin.* vbi Add. Guzm. *de evict. quæst. 52. per tot. maximè num. 69.*

Discurso Segundo.

25 HA insistido la otra parte en todos sus alegatos en la cosa juzgada, y Francisco Nuñez de la Breña està persuadido â que lo que en el juizio de retencion se disputô es muy distincto de lo que en este de propriedad se controvierte; porque el de retencion solo mirô â suspender la possesion que tenia, reteniendo las cedulas en el Consejo, para examinar el llamado perjuicio, que entonces se alegava, *ex l. 11. tit. 4. lib. 2. Recopil. leg. 2. & 3. tit. 14. lib. 4.* D. Salgad. *de retent. 1. p. cap. 9. per tot.* D. Covarruv. *pract. 36.* Salced. *de leg. polit. c. 19.*

26 Pero no sobre la validacion, y firmeza de los titulos despachados por su Magestad â favor de Francisco Nuñez, y sobre la propriedad de dichos oficios, en lo que no fuere perjudicial â Frãcisco Lopez, que es lo que expressamente se dispone *in dict. leg. 3. tit. 14. lib. 4.* ibi: *Y que la tal carta, ò alvalà, ò privilegio en quanto à la tal exorbitãcia, y abrogacion, y derogacion, y otra qualquiera cosa,*

que contenga, por donde se quite el derecho, y justicia de la parte, no vala, ni aya fuerça, ni vigor alguno, bien assi, como si nunca fuesse dada, ni ganada.

27 Notase la palabra *en quanto*, la qual en el concepto legal significa lo mismo que *Si, & in quantum*, cuyo efecto es obrar lo que de derecho tuviere lugar, sin producirle en lo que conforme â êl no se deviere admitir, Bart. *in leg. Ambitiosa, circa finem, ff. de decret. ab ord. faciend.* Imol. *in leg. Iudex posteaquam, in fin. ff. de re iud.* Marta *de claus. part. 1. claus. 152.* & cum alijs Barbos. *de claus. vsufreq. claus. 149. num. 4. & per tot.*

28 Y es muy conforme â razon, que en lo q̃ fueren dichos titulos en perjuicio de la parte contraria se anulen, como tambiẽ lo es que en lo que no lo son, se declaren por validos, *Auth. de referend.* §. 1. ibi: *Non vt quæ sunt auferamus eis cõcessa, nec enim hoc Imperialis Maiestatis proprium est, leg. fin. Cod. si contra ius, vel vtilit. public. leg. Rescripta, Cod. de precib. Imperat. offerend.* ibi: *Quod non ladat aliud, vt prosit petenti, leg. 18. tit. 31. part. 3.* ibi: *Contra derecho natural seria si diessen por privilegio las cosas de vn home à otro*, y por esta razon dispone la *ley 32. eod. tit. & part.* ibi: *Que por ser tal carta, como esta contra el derecho natural, tenemos por bien, y mãdamos, que el juzgador ante quien pareciere, no consienta, que sea creida, ni vala*, eleganter Casiodor. *lib. 2. epist. 17.* ibi: *Munificentiam nostram nulli volumus stare damnosam, nec quod alteri tribuitur, alterius dispendijs applicetur*, & ibi: *Ne quod dictum nefas est, benemeriti munus innocẽtis contingat esse dispendium*, D. Valenz. *cons. 93. num. 31.* Ponte *consil. 31. num. 6. lib. 2.* D. Salgad. *de Reg. protect. 3. part. cap. 10. num. 92.* D. Larrea *allegat. 3. num. 6.*

29 De que resulta, que solo lo que fuesse co-

can-

cante â Francisco Lopez, esto como concedido en perjuicio del derecho adquirido, que tenia, serâ nulo, y de ningun valor, y efecto, para lo qual serâ preciso recurrir al titulo de Francisco Lopez, y de sus Autores, en los quales solo se halla beneficiado por su Magestad la Escrivania de Ayuntamiento, sin que se obligasse â no criar, ni aumẽtar otros oficios, y siendo Regalia esta (como dexamos fundado suprâ *num.*) y se prueva *ex cap.* 1. *Quæ sint Regalia in vsibus feudorum*, Mastrill. *de Magistrat. lib.* 1. *cap.* 4. Bovadill. *lib.* 1. *cap.* 16. *à num.* 42. D. Molin. *lib.* 1. *de primogen. cap.* 25. *num.* 1 vbi Add. Castill. *tom.* 7. *cap.* 41. *num.* 17. D. Solorz. *de iure Indiar. tom.* 2. *lib.* 5. *cap. vnic. num.* 100. Iuan Fabr. *in* §. *Cum autem, instit. quib. mod. ius pat. potest solvitur*, Afflict. *in cap.* 1. *num.* 28. *versic. Hic finitur lex*, Lanar. *cons.* 22. & cum alijs Marin. *lib.* 1. *resolut. cap.* 68. *num.* 4. No haze injuria en vsar el Principe de su derecho, aunque por accidente suceda quod non attenditur, *ex leg.* 1. *ff. de authorit. tutor. leg. His qui*, *ff. de liberal. caus.* y en terminos Caved. *decis.* 132. *à num.* 3. *part.* 1. *cap.* 2. *decis.* 12. D. Larrea *alleg.* 119. *num.* 2.

30 A esto se llega, el que los titulos de Francisco Nuñez tienen la clausula; *Por quanto para las ocasiones presentes destos Reinos aveis dado*, &c. En cuyos terminos no solo no aviendo pactado, que no criaria, ni aumentaria otros oficios, como en este caso, pero aunque se huviesse obligado, podia sin embargo de los contractos, y titulos antecedentes criar, y conceder otros, Bald. *in leg. Benè à Zenone*, *Cod. de quadrien. præscript.* Afflict. *decis.* 36. *à num.* 4. & ibi Vrsill. Capic. *decis.* 69. & 166. *num.* 6. Caved. *decis.* 19. Marta *vot.* 166. *à num.* 21. Peguer. *decis.* 88. *n.* 1. & 5. D. Menchac. *lib.* 1. *illustrium*,

*ſtrium,cap.5.num.*1.*&* 16.D.Molin.*lib.*1.*cap.*8.*à num.*28.*& lib.*3.*cap.*3.*à num.*11. & cum alijs innumeris Hermoſill.*in leg.*53.*tit.*5.*partit.*5.*gloſſ.* 1.*&* 2.*à num.*18.latè D.Valenz.*conſ.*99.*num.*34. D.Larrea *alleg.*3.*à n.*8. Capic.Galeot. *reſponſ.*23. *num.*59.pues quien podrâ negar, que ſu Mageſtad en lo que no contratô, ni beneficiô puede concederlo, y hazer gracia â otro, ſi no es incidiendo en la *ley* 3.*C.de crim.ſacrileg.*ibi: *Diſputare de principali iudicio non oportet ſacrilegij enim inſtar eſt dubitare, an is dignus ſit quem elegerit Imperator.*

31 De que reſulta, que no aviendoſe controvertido eſte punto en la ſentēcia, y executoria de retēcion, eſtâ eſta parte en terminos de poder deducir, y repreſentar ſus derechos, ſin que le obſte excepcion de coſa juzgada, *l.Si ex teſtamento,* 20. *ff.de except.rei iudic.*ibi: *Nec obſtaturam ei exceptionem, quod non ſit petitum, quod nec actor, petere putaret, nec Iudex in iudicio ſenſiſſet; leg.*2. *leg.Si mater,* §.*Eamdem,ff.eod.* ibi: *Alia enim cauſa fuit prioris dominij; hac nova nunc acceſſit.*

32 Y la razon que dexa ſin diſputa eſte punto es, porque la ſentencia ſe ha de interpretar por el derecho deducido, y por la mente del que le deduce, *leg.Vt fundus,* 18.*ff.commun.divid.l.Non poteſt,ff.de iudic.* ibi: *Non poteſt videri in iuditium veniſſe id quod poſt iudicium cœptum accediſſet ideoque alia interpellatione opus eſt, gloſſ.in l.Hac enim,ff. de ſuſpect.tutor.l.Puto,*§.1.*ff.famil.hercisc.*Seraph. *tom.*1.*deciſ.*640.*num.*2.Eſcobar.*de ratiocin.c.*28. *à num.*23.D.Salgad.*de Reg.protect.*4.*p.c.*12.*n.*70. D.Larrea *deciſ.*42.*n.*38. y ſiendo conſtante que Franciſco Lopez ſolo intentô, y deduxo la retencion de dichos titulos por el remedio de la *l.*11. ſin aver deducido palabra que miraſſe â la pro-

prie-

priedad de ellos es fuera de duda, que en ella no le puede obstar excepciō de cosa juzgada, *cap. final.* vbi DD. *de caus. poss. & propriet. cap. Adversario, de except. text. in l. Legitimam, l. Lucius, l. Hareditas, ff. de petit. hæredit. l. Neque, C. ad exhibendum,* & cum alijs in terminis retentionis Bullarũ latissimê D. Salg. *de retent. p. 1. c. 12. per tot. maximè n. 10.*

33 Y no es novedad, que las executorias de vn juizio no obren excepcion de cosa juzgada, para otro, como sucede en las sentencias pronunciadas en los juizios executivos, las quales en el ordinario no obran excepcion de cosa juzgada, Menoch. *de arbitrar. cas. 4 num. 7.* Surd. *cons. 189. n. 32. & de aliment. tit. 1. q. 126. à n. 3.* Parlad. *lib. 2. rer. quotid. cap. fin. p. 5. §. 11. n. 52.* Giurb. *decis. 59. n. 20.* Gratian. *discept. 445. n. 6.* D. Iuan del Castillo *tom. 5. c. 104. n. 34.* Y hablando *in pulchro casu, scilicet*, quando se pidieron los reditos de vn censo por vn año, en cuyo juizio se opusieron diferentes excepciones, q̃ desestimandolas el Iuez passô â pronunciar sentencia contra el deudor, q̃ sin embargo las puede oponer en los reditos de otro año, sin que le obste la excepciō de cosa juzgada, tenent Ripa *in l. Si ita stipulatus, 115. n. 93. column. pen. in princip. vers. Sed quid si creditor, ff. de verbor. oblig.* Immol. *cons. 130. column. fin. n. 7.* Simon de Præt. *de interpret. vltim. volunt. lib. 5. dub. 3. n. 95.* Gracian. *discept. forens. c. 151. n. 39.*

34 Lo mismo sucede en los juizios possessorios, adonde se admiten todas las excepciones, q̃ excluyen la calidad supuesta, ô destruyen, y anulan la possesion, aunque sean del juizio de la propriedad, Bald. *in l. Naturaliter, §. Nihil commune, ff. de adquir. possess.* D. Molin. *de Hispan. primog. lib. 3. c. 13. n. 14.* vbi Add. Greg. Lop. *in l. 7. tit. 4. p. 5.*

 gloss.

gloss.verb.Possession,& in l.2.tit.14.p.6.gloss.verb. Luego. Y no por esso, aunque se ayan desestimado en el juizio de la possession se dexan de admitir en el juizio de la propiedad, sin que sirva de embaraço la cosa juzgada, Surd. *de alim.tit.1.q.126. num.3.& 4.* Marta *vot.decisivo* 184. Franch. *decis.* 289. Fachin. *lib.1.controv.c.80.in princ.* Barbos. *in l.Divortio,§ fin.n.55.ff.solut.matr.* Castill. *tom.5. c.104.per tot.maximè n.40.vers.Pro contraria it aq̃s parte.*

35 Esto mismo milita en el juizio de retencion de Bulas, donde si se pidiesse la retencion de ellas en el Consejo, por vna causa, la qual por no serlo legitima se desestimasse, no por esso si propusiere otra justa se dexâran de retener sin embargo de la cosa juzgada, como dilatadissimamente funda, y resuelve D. Salgad, *de retent. Bull. 1.p.c.12. per tot.* donde responde, y satisface â los fundamentos de la opinion contraria (resolucion bien favorable, y propria de nuestro caso) pues fuera cosa iniqua, que si se huviesse determinado â favor de Francisco Nuñez, mandandole entregar los titulos, y que corriesse la gracia, le quedasse la puerta abierta â Francisco Lopez, para q̃ alegando otro perjuicio nuevo, sin embargo de la cosa juzgada, se huviessen de retener los titulos, y que porque se retuvieron â Francisco Nuñez, se le cerrasse, para que sobre la propriedad, q̃ no se deduxo, ni quedô vencida le obstasse la executoria de retencion, como cosa juzgada, vt aliâs dixit Paulus *in l.Prætereà,§.2.ff.mandati,* ibi: *Nãque iniquũ est non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi verò si velit mecum esse.*

36 Y porque ni aun el mas leve escrupulo quede en esta materia, respecto de que en los tres

ca-

casos antecedentes parece, que se satisfacen con dezir, que en su determinacion no ay pleno conocimiento de causa, se propondrâ caso en que sin embargo de que aya pleno conocimiento, y se aleguen excepciones tales, que miren la propriedad, sin embargo la sentencia que se diere, nō parit exceptionem rei iudicatæ. Este es el juizio de tenuta propuesto en la *l.45. de Toro*, el qual no se puede dudar q̄ tiene admixta la causa de la propriedad, *vt ex l.2.§.Quadam*, ibi: *Nam proprietatis causam continet hoc interdictum, ff. de interdictis, l.3.§.Hoc autem, ff. de itiner. act. què priv.* tenet D. Molin. *de Hispan. primog. lib.3.c.13.num.9.* Molina Theologus *tom.3.tract.2.disput.637.n.4.* Salced. *ad l.4.c.24.27.28.tit.14.lib.3.Recop.n.62.* D. Valenz. *cons.69.n.248.* Paschal. *de virib. patr. potest. p.2.cap.2.à n.27.* Cessar Manent. *cons.136.à n.34. & cons.138.à n.4.* y sin embargo es llano, que la sentencia pronunciada en el juizio de tenuta no tiene efecto de cosa juzgada en el juizio de propriedad, P. Molin. *d. tract. disp.637.n.8.* Paz *de tenuta c.4.n.16.* y que las probanças hechas en este juizio por aquel contra quien se determinô, pruevē sin embargo de la cosa juzgada en el juizio de la propriedad, tenent D. Molin. *lib.3.d.c.13. à n.20.* Paz *de tenut. c.32. per tot. maximè n.39.* Hermosill. *in l.7.tit.4.p.5.gloss.2.n.35.* luego en qualquier caso que se quiera considerar no puede embaraçar â Francisco Nuñez la excepcion de cosa juzgada, por ser tan distincto el juizio de la retenciō en que fue vēcido; al de la propriedad, en q̄ espera vencer, *cum à diversis non fiat illatio, l. Papinianus exuli, ff. de minoribus*, Stephan. Gratian. *tom.5. c.859.n.20. cum vulgatis.*

37 Y no obsta el que en la sentedcia de revista

ta de retencion se revocasse la de vista, en que se reservava el derecho â Francisco Nuñez, para q̃ siguiesse su justicia, como mejor le conviniesse, porque la reserva no dâ mas derecho que aquel que se tiene, *leg. Si quis legaverit, ff. de legat.* 2. Manent. *cons.* 1. *n*, 6. *& à num.* 26. Franch. *decis.* 540. *n.* 15. Ludovis. *decis.* 347. *n.* 22. Intrigl. *singul.* 32. *lib.* 2. Capic. Latr. *decis.* 170. *à n.* 71. *lib.* 2. D. Salg. *de concursu, p.* 2. *c.* 6 *à n.* 64. D. Larr. *decis.* 35. *n.* 52. Natt. *cons.* 636. *n.* 197. de suerte que sin esta reserva no se puede dudar, que puede proponer en el juizio de propriedad todo lo que en el de la retencion no se deduxo, ni quedô vencido, vt probatum remanet *suprà n.*

Ex quibus omnibus, parece clara la justicia de esta parte, para que se determine â su favor, como lo espera. Salva in omnibus T.V.D.C.

Lic. D. Iuan Lopez de Cuellar y Vega.